

Sandra Hotz, Jérôme Saint-Phor, Placement de l'enfant en institution fermée : les conditions sont-elles clairement définies dans la loi ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2021, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2021

Couple non marié,
protection de l'enfant ;
placement en institution

Placement de l'enfant en institution fermée : les conditions sont-elles clairement définies dans la loi ?

Sandra Hotz et Jérôme Saint-Phor

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral examine les conditions du placement à des fins d'assistance d'un mineur en difficulté dans une institution fermée, en particulier les contours du large pouvoir d'appréciation des autorités de protection pour déterminer si une mesure de protection est nécessaire et si la structure de placement est appropriée.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A (ci-après « l'enfant ») est né le 23 mars 2006 de l'union entre B et C (ci-après « les parents »).

Dans le cadre de la procédure en séparation des parents mariés, le Président du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a confié un mandat d'enquête au Service de protection de la jeunesse (SPJ)¹, par prononcé de mesures d'extrême urgence du 27 juin 2008, avec notamment pour mission d'examiner la situation de l'enfant. Un *mandat de curatelle d'assistance éducative* (art. 308 al. 1 CC) en faveur de l'enfant a ensuite été confié au SPJ, par prononcé du 16 avril 2009.

Le divorce des parents a été prononcé par jugement du 4 février 2015, ratifiant leur convention sur les effets du divorce, qui prévoit notamment l'attribution de l'autorité parentale et de la garde à la mère et une suspension du droit de visite du père, et maintenant la curatelle d'assistance éducative instituée en faveur de l'enfant.

¹ Qui a été renommé Direction générale de l'enfance et de la jeunesse (DGEJ) depuis le 1^{er} septembre 2020.

Depuis novembre 2015, l'enfant a fait l'objet de plusieurs mesures de placement dans des structures d'accueil (internat, foyer, structure éducative semi-fermée, etc.), mais les faits de l'arrêt ne donnent pas plus d'informations concrètes.

Par ordonnance de mesures d'extrême urgence du 22 août 2019 rendue par la Juge de paix du district de l'Ouest lausannois, confirmée le 26 mai 2020 par la justice de paix de ce même district, le droit de la mère de déterminer le lieu de résidence de son fils a été retiré. Un mandat de placement et de garde a en outre été confié au SPJ. Deux psychologues ont rendu un rapport d'expertise concernant l'enfant le 2 février 2021.

Par décision du 17 février 2021, la justice de paix a notamment ordonné pour *une durée indéterminée le placement à des fins d'assistance de l'enfant dans un établissement approprié* (au sein de « K » ou tout autre établissement approprié) et a délégué aux médecins de cet établissement la compétence de lever le placement. Le recours interjeté contre cette décision a été rejeté par arrêt du 3 mars 2021 de la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois, qui a également invité d'office la justice de paix à ordonner la représentation de l'enfant dans le cadre de la procédure de placement et à lui désigner un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique, ainsi qu'à réexaminer si les conditions du placement en institution fermée étaient toujours réunies. La justice de paix a institué le 26 mars 2021 « une curatelle *ad hoc* de représentation » au sens de l'art. 314a^{bis} CC afin de représenter l'enfant. Une avocate expérimentée a été mandatée en faveur de l'enfant.

Par acte du 19 avril 2021, l'enfant interjette un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt du 3 mars 2021, concluant principalement à sa réforme partielle en ce sens qu'un placement à des fins d'assistance soit ordonné pour une durée indéterminée auprès d'un établissement approprié.

B. Le droit

Le recourant se plaint du fait que son placement à des fins d'assistance violerait le principe de proportionnalité au sens des art. 36 Cst. et 314b CC (consid. 3).

Le Tribunal fédéral procède au rappel des conditions légales (consid. 3.1). Lorsque l'enfant est placé·e dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique, les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance sont « applicables par analogie » (art. 314b al. 1 CC). Mais le placement dans un établissement approprié peut se justifier non seulement si l'enfant concerné·e souffre d'un trouble psychique, d'un handicap mental ou est gravement négligé·e, mais également si une « éducation surveillée » est nécessaire et que celle-ci, respectivement le traitement ou les soins nécessaires, ne peut être dispensée d'une autre manière². Le principe de proportionnalité commande de n'ordonner le placement d'un·e mineur·e dans une institution que si une autre mesure moins drastique apparaît vouée à l'échec³ (consid. 3.1).

² Arrêt TF 5A_1003/2017 du 20 juin 2018, consid. 3.1 et les références ; Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse [Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation], FF 2006 6635, p. 6732.

³ Arrêt TF 5A_1003/2017 précité, consid. 3.2 et les références.

Le point de savoir si une mesure de protection de l'enfant est nécessaire relève du pouvoir d'appréciation (art. 4 CC)⁴. Sur la base d'un état de fait correctement établi, l'autorité cantonale doit apprécier si, dans le cas concret, le développement de l'enfant ou de l'adolescent-e est menacé et si le risque peut être évité ou du moins sensiblement réduit par une « éducation surveillée »⁵. Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue l'exercice du large pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité qui ordonne une mesure de protection de l'enfant ; il n'intervient que si cette autorité a pris en considération des éléments qui ne jouent aucun rôle au sens de la loi ou a omis de tenir compte de facteurs essentiels⁶ (consid. 3.1.2).

Dans l'arrêt querellé, l'autorité cantonale a relevé que le placement à des fins d'assistance du recourant en institution fermée avait été ordonné en première instance sur la base d'un rapport d'expertise. Il ressortait du dossier qu'en raison de ses problèmes de comportement, le recourant avait été renvoyé de plusieurs structures ainsi que de son établissement scolaire. Il n'arrivait en outre pas à gérer sa frustration, ne respectait pas le cadre posé par les adultes, se montrait violent et était en train de s'inscrire dans un parcours de délinquance. La cour cantonale a encore retenu que le recourant était en grande difficulté depuis de nombreuses années, qu'il souffrait d'un autre trouble mixte des conduites et des émotions, que les expertes avaient décrit comme se caractérisant par la persistance d'un comportement agressif, dyssocial ou provocateur, associé à des signes manifestes et prononcés de dépression, d'anxiété ou d'autres troubles émotionnels, n'impactant pas sur sa faculté à agir raisonnablement, mais à considérer toutefois comme une affection durable dont la prise en charge nécessitait un traitement psychothérapeutique et médicamenteux au long cours. En l'absence de prise en charge institutionnelle, le recourant risquerait de s'inscrire dans la marginalisation et la délinquance et sa désinsertion sociale l'empêcherait de poursuivre une scolarité et/ou une formation indispensable pour qu'il puisse remobiliser ses compétences. Par ailleurs, plus aucune structure ouverte n'était à même d'offrir à l'intéressé le cadre nécessaire à une prise de conscience, par le biais d'un travail thérapeutique, de sorte qu'il avait besoin d'une structure fermée et de soins, dont l'accès avait précédemment été compromis par des fugues, alors même qu'il reconnaissait avoir besoin d'un suivi. Selon l'autorité cantonale, l'introduction d'une médication devrait également être évaluée et l'intéressé devrait bénéficier d'une prise en charge psychothérapeutique individuelle ainsi que d'un suivi psychothérapeutique mère-fils (consid. 3.2).

Le recourant fait valoir que son placement actuel serait excessif et disproportionné, puisqu'il se retrouverait actuellement 23h/24 enfermé dans une chambre, sans réelle activité, sans suivi scolaire, sans lien avec l'extérieur et sans contact avec des tiers et d'autres résidents, si ce n'est avec les médecins et thérapeutes qui l'entourent. Il soutient que sa situation avait évolué lors de précédents placements et qu'il disposerait de perspectives adéquates et réalistes puisqu'il se projetterait en tant que peintre en bâtiment. Il se dit capable d'apprécier le fait que son comportement aurait une influence sur son sort et pourrait se déterminer d'après cette appréciation. Selon lui, le placement en structure fermée risquerait de le marginaliser davantage et ne semblerait pas susceptible de lui apporter les outils nécessaires à sa bonne évolution. Il soutient au demeurant que le principe de la gradation de la mesure ne serait pas respecté, dès lors qu'il serait passé de plusieurs structures plus ouvertes à un

⁴ ATF 142 III 545 consid. 2.3 ; cf. arrêt TF 5A_765/2016 du 18 juillet 2017, consid. 5.5.

⁵ Arrêt TF 5A_1003/2017 du 20 juin 2018, consid. 3.2 et la référence.

⁶ ATF 142 III 545 consid. 2.3.

lieu très fermé, dans lequel il se trouverait en isolement. Dans le cadre d'application de l'art. 314b CC, le placement prononcé ne serait ainsi pas adéquat (consid. 3.3 et 4).

Selon la jurisprudence, la décision sur le caractère approprié de la structure de placement procède d'une évaluation par l'autorité. Il ne peut être exigé qu'une institution idéale soit disponible et il doit plutôt suffire que celle-ci réponde aux besoins essentiels de la personne concernée⁷. Pour le placement de mineur-es, le caractère adéquat de l'institution s'examine en fonction de la situation concrète de danger dans laquelle se trouve l'enfant. Un établissement est approprié s'il est en mesure d'apporter au mineur ou à la mineure une aide dans la résolution de sa problématique ainsi que la perspective d'un développement harmonieux⁸ (consid. 4.1).

Dans l'arrêt entrepris, l'autorité cantonale a relevé que l'établissement concerné était une structure hospitalière réservée aux mineur-es qui offrait un traitement interdisciplinaire sous contrainte en milieu fermé, approprié compte tenu de la problématique présentée par le recourant et paraissant même être le seul susceptible de lui offrir le cadre dont il avait besoin. En effet, tous les projets de prise en charge dans un cadre moins contraignant avaient été tenus en échec par le recourant. En plus, le séjour dans l'établissement concerné, d'une durée de l'ordre de neuf mois, était en principe organisé en trois phases, à savoir une phase d'observation et d'évaluation, destinée à la clarification et à la définition des besoins spécifiques du jeune ainsi que son projet individuel thérapeutique, socio-éducatif et pédagogique, une phase d'accompagnement, destinée à la mise en œuvre du programme spécifique défini au cours de la phase précédente, et une phase de sortie, destinée à la consolidation du projet post-placement (consid. 4.2). De son côté, le recourant soutient que l'établissement ne serait pas adéquat pour lui apporter l'aide nécessaire, que son placement dans cette structure ne lui permettrait pas de résoudre ses difficultés, que d'autres institutions auraient dû être envisagées et que son éloignement social serait susceptible de le marginaliser davantage (consid. 4.3).

Le Tribunal fédéral retient en l'espèce que les arguments selon lesquelles la structure choisie ne serait pas adéquate sont soulevés de manière purement péremptoire, sans remettre en cause les constatations cantonales ou démontrer qu'il y aurait un abus du (large) pouvoir d'appréciation, ce qui n'est pas conforme aux réquisits de motivation du recours (cf. consid. 2). Par ailleurs, le fait que l'intéressé ne consente pas à être placé dans l'établissement concerné n'a pas pour conséquence de rendre celui-ci inapproprié. Le recours est dès lors rejeté (consid. 4.4 et 5).

III. Analyse

A. Généralités sur le PAFA de personnes mineures

Le placement à des fins d'assistance (PAFA) est par définition une mesure exceptionnelle qui signifie une atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Le PAFA des personnes mineures représente une atteinte *aux droits des parents et des enfants concernés* : le retrait du droit de déterminer la résidence des mineur-es et le placement des mineur-es dans une institution constituent sans aucun doute des empiètements graves sur le droit au

⁷ ATF 112 II 486, consid. 4c.

⁸ Arrêts TF 5A_243/2018 du 13 juin 2018, consid. 3.1 ; 5A_401/2015 du 7 septembre 2015, consid. 5.2 ; 5A_188/2013 du 17 mai 2013, consid. 5.1

respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst., art. 8 CEDH, art. 17 Pacte ONU II) ainsi que du droit à la liberté personnelle (art. 10, 11 Cst., art. 5 al. 1 *lit. d* et *lit. e* CEDH, art. 9 Pacte ONU II)⁹.

Si un-e mineur-e doit être placé-e dans un établissement fermé ou dans une clinique psychiatrique, les dispositions de la protection de l'adulte relatives au placement préventif s'appliquent par analogie (art. 314b al. 1 CC qui renvoie aux art. 426 ss CC)¹⁰. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par cette application « par analogie ». Et la portée exacte du renvoi a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral¹¹. Selon la doctrine, l'art. 426 al. 1 et 2 CC n'est donc pas directement applicable en matière de protection de l'enfant¹², si ce n'est pour la question de l'institution « appropriée » et la condition que « l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent [...] être fournis d'une autre manière ». Par contre, l'art. 426 al. 3 et 4 relatif à la levée du PAFA est sans autre applicable par analogie¹³.

En ce qui concerne les droits fondamentaux des personnes mineures, *ce renvoi global est problématique*¹⁴. Ces lacunes légales posent évidemment des problèmes d'interprétation (*cf. infra*, B/C). En plus, c'est un domaine qui repose sur des relations complexes, notamment quadrilatérales entre parents, enfants, autorités et personnel médical / éducatif, pour lesquelles une réglementation « bien claire » serait utile¹⁵.

Par ailleurs, en comparaison avec les mesures juridiques de placement à des fins d'assistance pour la protection des adultes, pour lesquelles des règles explicites existent (art. 426 ss CC)¹⁶, il y a aussi la problématique d'une inégalité légale et un risque de traitement discriminatoire entre les placements à des fins d'assistance des personnes mineures et majeures, si les conditions ne sont pas aussi clairement déterminées. Notamment : le principe de la

⁹ BK-AFFOLTER/VOGEL, art. 310/314b N 89ss ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1814.

¹⁰ Cf. également arrêt TF 5A_188/2013 du 17 mai 2013.

¹¹ Arrêts TF 5A_243/2018 du 13 juin 2018, consid. 2.1. ; 5A_1003/2017 du 20 juin 2018, consid. 3.1.

¹² MEIER/STETTLER, N 1842, aussi N 1840 ; VAERINI, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, Berne 2015, p. 144.

¹³ MEIER/STETTLER, N 1842.

¹⁴ HOTZ, Gesundheitliches Verfahren, *in* : Handbuch Kinder im Verfahren. Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zürich 2020, Rz. 7.1117 ; FamComm Protection des adultes, COTTIER, Art. 314b ZGB N 3 ; GEISSBERGER, Die Rechtsgrundlagen der fürsorgerischen Unterbringung Minderjähriger unter Berücksichtigung der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung, Zürich 2019, p. 175 et références ; BÜCHLER/MICHEL, Medizin, Mensch, Recht, 2^e éd., Zürich 2020, p. 162.

¹⁵ WEBER KHAN/HOTZ, Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention. Studie zu den rechtlichen Grundlagen und zur Praxis in neun Kantonen zu den Themenbereich Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kinderschutz, Bildung, Gesundheit und Jugendparlamente ; cf. résumé en français : https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/2020/200902_Umsetzung_Art_12_KRK.pdf (21.6.2021).

¹⁶ Le placement à des fins d'assistance selon l'article 426 CC prévoit les conditions suivantes : 1) seulement trois motifs légaux (en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon) et 2) le placement ne peut pas être ordonné au seul motif que la personne concernée présente un danger pour les tiers mais l'intéressé-e doit en effet également présenter un risque pour lui-même ou elle-même : parmi plusieurs, GUILLOD, Droit des personnes, Neuchâtel 2018, p. 257 ss ; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 575 ss ; AMEY/CHRISTINAT, Le placement à des fins d'assistance, *in* : Guillod/Bohnet (éd.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 292 ss.

proportionnalité doit être respecté, et le PAFA est une *ultima ratio pour toutes les personnes*¹⁷.

Si l'enfant est capable de discernement, il ou elle peut lui-même ou elle-même en appeler au juge ou à la juge contre la décision de placement (art. 314b al. 2 CC ; 11 al. 2 Cst.), ce qui a été le cas dans l'arrêt ici commenté. En outre, il n'est pas contesté que les dispositions procédurales qui s'appliquent au placement d'une personne adulte s'appliquent également *mutatis mutandis* au placement des mineur-es dans un établissement fermé ou dans une clinique psychiatrique (art. 314b al. 1 CC). Cela signifie également que, conformément à l'art. 450e al. 3 CC, en cas de troubles mentaux, une décision doit être prise sur la base d'un rapport d'expertise.

B. Placement d'une personne mineure dans une institution fermée à des fins d'éducation surveillée

1. Base légale d'un placement à des fins d'éducation surveillée dans une institution fermée ?

Pour les personnes adultes, le placement est possible « en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon » (art. 426 al. 1 CC). Outre ces différentes causes, le Tribunal fédéral précise que le placement des mineur-es est également possible si une « éducation surveillée » est nécessaire (*consid. 3.1*). Les motifs du placement des personnes mineures découlent de l'art. 310 al. 1 CC, à savoir le retrait préalable du droit des parents de déterminer le lieu de résidence de son enfant, en tant que condition matérielle. D'après cette disposition, « lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité de protection de l'enfant retire l'enfant aux père et mère ou aux tiers chez qui il se trouve et le place de façon appropriée ».

Selon les Messages du Conseil fédéral sur la révision du droit de la protection de l'adulte, « les conditions matérielles pour le placement à des fins d'assistance de l'enfant sont fixées à l'art. 310, al. 1, CC, qui inclut l'éducation surveillée et le traitement d'un trouble psychique au sens de l'art. 5, al. 1, let. d et e, CEDH. En outre, les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance s'appliquent par analogie (al. 1) »¹⁸. Cela indique qu'il n'était et qu'il n'est pas prévu une analogie pour les conditions matérielles d'un placement à des fins d'assistance des enfants selon l'art. 426 CC. Et selon la doctrine, l'art. 426 al. 1 et 2 CC n'est donc pas directement applicable en matière de protection de l'enfant¹⁹, si ce n'est pour la question de l'institution « appropriée » et la condition que « l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent [...] être fournis d'une autre manière »²⁰. Se fondant sur les différentes méthodes d'interprétation, ISABELLE GEISSBERGER²¹ constate un *renvoi global* au titre de l'art. 314b al. 1 CC et elle conclut que ce renvoi est recevable en principe comme base légale

¹⁷ MEIER/STETTLER, N 1841 ss. ; BSK-ZGB-I-Breitschmid, Art. 314b ZGB N 2.

¹⁸ Message, 6732 ; TF 5A_371/2019 du 24 juillet 2019, consid. 2.1.

¹⁹ MEIER/STETTLER, N 1842, aussi N 1840 : par contre l'art. 426, al. 3 et 4 CC relatif à la levée du PAFA est sans autre applicable par analogie ; VAERINI, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, Berne 2015, p. 144.

²⁰ MEIER/STETTLER, N 1842.

²¹ GEISSBERGER, Die Rechtsgrundlagen der fürsorglichen Unterbringung Minderjähriger unter Berücksichtigung der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung, Zürich 2019, n. 92-158, 157, 195.

du placement et qu'il reconnaît une norme fondamentale à l'art. 310 CC, mais qu'il ne détermine toutefois pas l'inapplicabilité de l'art. 426 CC.

En tout cas, *ni l'article 310 CC ni l'article 426 CC ne prévoient explicitement un placement à des fins d'éducation surveillée*. Au contraire, selon l'art. 310 CC, lorsque l'autorité de protection de l'enfant « [...] ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité [...] retire l'enfant aux père et mère ou aux tiers [...] et le place de façon appropriée », cela veut dire ni les situations de la mise en danger de l'enfant ni les motifs du placement des enfants sont déterminés²². Ce sont des termes juridiques indéterminés et la personne concernée, mineure, ne peut pas lire dans cette disposition ce qui l'attend²³.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 1 al. 1 de l'Ordonnance fédérale sur le placement d'enfants (OPE) du 19 octobre 1977 (RS 211.222.338), « le placement d'enfants hors du foyer familial est soumis à autorisation et à surveillance » (art. 1, 13 ss OPE). Ce sont des compétences qui sont en principe attribuées à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de placement (art. 2 al. 1 OPE), mais les cantons peuvent confier cette tâche à une autre autorité (art. 2 al. 2 OPE). Dans tous les cas, le premier critère à considérer est *le bien de l'enfant* (art. 1a al. 1 OPE). L'autorité de protection doit veiller, conformément à l'art. 1a al. 2 OPE, à ce que l'enfant placé « *soit informé de ses droits, en particulier procéduraux, en fonction de son âge* » (let. a), qu'il « *se voie attribuer une personne de confiance à laquelle il peut s'adresser en cas de question ou de problème* » (let. b) et « *soit associé à toutes les décisions déterminantes pour son existence en fonction de son âge* » (let. c). Le droit cantonal peut aller au-delà (art. 3 OPE), ce qui n'est pas le cas dans le canton de Vaud²⁴.

Donc il reste à constater que le placement à des fins d'assistance dans une institution fermée à des fins d'éducation surveillée *manque de base légale explicite* dans la loi fédérale, le Code civil (ni art. 310 CC ni art. 426 CC) et dans l'OPE et que les conditions d'un tel placement ne sont donc pas formellement et clairement définies comme cela est demandé pour le placement des adultes. Et cela pose des problèmes au regard de l'article 5 CEDH.

2. La nécessité d'une éducation surveillée ?

La nécessité ou non d'une mesure de protection de l'enfant relève d'une décision discrétionnaire de l'autorité compétente (consid. 3.1.2)²⁵.

Pour savoir si une mesure de protection est nécessaire, même en dehors de tout trouble psychique de l'enfant, l'autorité doit apprécier les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer si le développement de l'enfant est menacé et si le risque peut être évité ou du moins sensiblement réduit par une « éducation surveillée » (*überwachte Erziehung*). L'autorité dispose dès lors d'un large pouvoir d'appréciation et le Tribunal fédéral s'impose

²² C'est le contraire de « conditions clairement définies dans la loi » : ATF 145 III 441 ; 138 III 593 ; cf. CourEDH, Affaire T.B. c. Suisse, no. 1760/15, 40.04.2019 §54, § 63.

²³ GEISSBERGER, n. 186-189, 195.

²⁴ P.ex. la loi en faveur de la jeunesse du Canton du Valais du 11.5.2000 (état 1.1.2021), 850.4, prévoit une ordonnance du Conseil d'Etat pour les conditions de placement (art. 45) et une règle sur les chambres d'isolement (art. 47b) ; cf. Ordonnance sur les différentes structures en faveur de la jeunesse du 9.5.2001 (état 1.1.2021), art. 84-85.

²⁵ En référence à l'arrêt TF 5A_1003/2017 du 20 juin 2018, consid. 3.2, qui renvoie lui-même à l'arrêt 5A_765/2016 du 18 juillet 2017, consid. 5.5.

une certaine retenue. L'intéressé ne contestait pas son besoin de placement, mais le caractère approprié de l'institution fermée dans laquelle il avait été placé.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral confirme que le besoin d'éducation surveillée est avéré pour le recourant : mineur de 15 ans au comportement agressif souffrant de plusieurs troubles de conduite attestés par des expertises pédopsychiatriques, mais capable de discernement, déscolarisé (depuis 3 ans !) et renvoyé de plusieurs structures d'accueil.

En outre, la question se pose de savoir si la mesure est adaptée quand la personne concernée n'est pas non plus scolarisée au sein de l'établissement. Le plus important semble être que ce jeune, déscolarisé depuis de nombreuses années (pourquoi ?), puisse être scolarisé le plus rapidement possible.

Toutefois, les faits de l'affaire sont présentés de manière si limitée qu'une évaluation plus précise n'est pas possible.

C. Caractère approprié de l'établissement

Sous l'ancien droit concernant la privation de liberté à des fins d'assistance des mineur-es, le Tribunal fédéral avait précisé que la notion d'établissement approprié « englobe non seulement les établissements fermés, mais aussi toutes les institutions qui limitent de façon sensible, du fait de l'encadrement et de la surveillance, la liberté de mouvement des personnes concernées »²⁶. Aujourd'hui, la loi mentionne une « *institution fermée* » ou un « *établissement psychiatrique* ». Selon certains auteurs, la notion doit être comprise dans un sens large, qui vise les cas où « *la liberté de mouvement des enfants concernés est davantage limitée que celle dont disposent usuellement les camarades de leur âge vivant dans leur famille ou une famille d'accueil* »²⁷.

Le Tribunal fédéral rappelle ainsi qu'il n'y a pas besoin d'un établissement idéal pour prononcer le placement ; il suffit que l'établissement puisse répondre aux besoins essentiels de protection de la personne concernée (consid. 4.1). Et en principe un « *établissement est considéré comme approprié lorsque l'organisation et le personnel dont il dispose normalement lui permettent de satisfaire les besoins essentiels de la personne qui y est placée pour recevoir soins et assistance* », comme OLIVIER GUILLOD l'indique²⁸. Ce caractère approprié de l'établissement de placement à des fins d'assistance de la personne mineure relève également d'un large pouvoir d'appréciation de l'autorité de protection, exercé en fonction de la « *situation concrète de danger* », soit de la menace à écarter.

Selon le principe de proportionnalité, il s'agirait en premier lieu d'envisager un placement – si vraiment nécessaire – chez des parents nourriciers ou dans une structure ouverte, la moins contraignante possible pour la liberté de mouvement. *Un placement dans un milieu fermé ne doit être considéré qu'en dernier ressort, si toutes les autres mesures se sont révélées infructueuses ou apparaissent d'emblée vouées à l'échec*. Dans le cas d'espèce, il apparaît

²⁶ ATF 121 III 306, JdT 1997 I 145.

²⁷ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1840 ; CommFam-COTTIER, art. 314b N 5. D'un avis différent, qui considère une restriction à la liberté d'un degré supérieur à celle qui découle naturellement de la vie commune en foyer : BIRCHLER, RMA 2013, 145 ; BK-AFFOLTER/VOGEL, art. 310/314b N 94.

²⁸ GUILLOD, Droit des personnes, *op. cit.*, p. 261, se référant à l'arrêt du TF 5A_614/2013 et, sous l'ancien droit, ATF 114 II 213.

évident que d'autres solutions ont été envisagées, plusieurs placements en structures ouvertes n'ayant pas permis de protéger adéquatement la personne concernée avant le placement contesté.

D. Conclusions

Cette décision semble très illustrative à la fois des problèmes juridiques et des problèmes de mise en œuvre factuelle de la protection des personnes mineures et notamment leur placement à des fins d'assistance.

La révision du droit de la protection de l'adulte de 2013 était orientée vers les adultes et ne comporte pratiquement aucune disposition ni d'explication sur la protection de l'enfant. L'étendue de l'analogie de l'art. 314b CC aux art. 426 ss CC n'est pas claire. Si la seule base légale pour le placement d'enfants est l'art. 310 CC, la question se pose de savoir où se trouve exactement la base légale claire requise dans le droit de la protection de l'adulte et si elle satisfait aux exigences de l'art. 5 al. 1 *lit.* d CEDH. Et même si on prend la position de GEISSBERGER, qu'avec l'art. 310 CC les conditions de l'art. 426 CC doivent aussi être remplies, il n'y a pas de base légale explicite pour une éducation surveillée dans une institution fermée.

Selon les Messages et le TF (qui fait ici référence à un autre arrêt et à ces Messages), le fait qu'un simple besoin d'éducation et d'encadrement de l'enfant dans une institution (qui ne peut être assuré par les parents ou chez des tiers) qui à défaut menacerait son développement est suffisant pour constituer une cause de placement. Le besoin d'explication est considérable²⁹.

En outre, le caractère approprié de ce placement est très difficile à évaluer, car trop peu de faits sont exposés dans la décision et car l'adéquation de l'institution doit être évaluée sous l'angle de la situation de risque spécifique au droit de l'enfant : l'institution est appropriée si elle est en mesure de fournir à l'enfant admis une aide pour résoudre ses problèmes, de sorte qu'il existe une perspective de diriger son développement de manière ordonnée³⁰. En général, les enfants souffrant de déficiences et de handicaps ont aussi le droit d'avoir leur mot à dire en matière de placement et de traitement en vertu des articles 12 et 23 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations unies de l'article 7 al. 3 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations unies, et de l'article 6 de la Convention sur la biomédecine, qui obligent à prendre des mesures spéciales de soutien (par exemple, des informations spéciales ou des moyens techniques de clarification).

En outre, dans la pratique de la protection des personnes mineures, ce n'est pas facile de trouver des institutions adaptées. Il y a aujourd'hui moins d'institutions éducatives. C'est p.ex. un fait que les mineur·e·s qui n'ont pas de problèmes particuliers de santé mentale sont placé·e·s dans des institutions fermées parce qu'il n'y a plus d'autres foyers appropriés. Avec un absentéisme sévère (3 ans pour une personne de 15 ans, c'est très long), on se demande pourquoi les écoles spéciales n'auraient pas été possibles (parce qu'elles n'existent plus ?).

Enfin, il y a beaucoup d'autres problèmes juridiques dans le domaine du PAFA des personnes mineures, dont on n'a pas encore parlé dans cette analyse, par exemple : la majorité des

²⁹ HOTZ, n. 7.1117 et références, n. 7.119.

³⁰ TF 5A_243/2018 du 13 juin 2018, consid. 3.1 ; 5A_188/2013 du 17 mai 2013, consid. 5.1.

placements dans les institutions psychiatriques pour enfants et adolescents ont lieu, selon l'avis des experts, sur une base dite « volontaire ». Cela signifie que l'enfant et les parents sont généralement "d'accord" sur le fait que l'admission est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et par conséquent ni l'article 310 ni les articles 426 ss CC ne s'appliquent. En outre, il est p.ex. contesté qu'un enfant capable de discernement puisse également entrer volontairement dans une institution si les représentants légaux (les parents) ne le souhaitent pas, car le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant appartient aux personnes qui en ont la garde jusqu'à la majorité de l'enfant (art. 301 al. 3 CC). En revanche, selon l'art. 301 al. 2 CC, les parents ont un devoir impératif de prendre en compte l'opinion de l'enfant. Et l'article 37, paragraphe 1, alinéa c, de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant dit que les enfants ne peuvent être placé·es avec des adultes que si cette procédure est dans leur intérêt supérieur.

En résumé, il n'existe pas de dispositions spécifiques applicables au placement ou au traitement des enfants, ni au niveau fédéral, ni au niveau cantonal. Cela peut entraîner des problèmes car les relations juridiques entre l'enfant, les parents et les autorités ne sont pas entièrement clarifiées. Au niveau fédéral, nous recommandons que le Code civil contienne des dispositions spécifiques sur le placement des enfants et des adolescent·es, car les dispositions générales du droit de la protection des adultes qui s'appliquent par analogie ne tiennent pas suffisamment compte des besoins et des droits particuliers des enfants.

Cependant, il existe depuis 2021 des recommandations relatives au placement extra-familial émanant de la Conférence des directeurs et directrices cantonaux des affaires sociales et de la Conférence en matière de protection des mineur·es et adultes du 20 novembre 2020. Il y a aussi beaucoup d'initiatives en cours pour la recherche et la mise en oeuvre des dispositions légales³¹.

³¹ Cf. les différentes initiatives : HOTZ et al., Partizipation im schweizerischen Kindesschutzsystem, ZKE 1/2021, p. 1-24, p. 2 ; alors que l'évaluation du droit de la protection de l'adulte mandatée par l'OFJ est en cours et qu'un rapport fédéral va être publié l'année prochaine, l'évaluation du droit de la protection des enfants n'est pas encore décidée.